



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO**



**ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN**

Núm. R. E. L. 0245000

El Alcalde - Presidente del Excmo. Ayuntamiento de (...), solicita, mediante escrito de fecha 14 de abril de 2009 y registro de entrada en Diputación el día 16 de abril, Informe Jurídico en el que se exprese el parecer de este Departamento en relación con las actuaciones a seguir por la Corporación municipal a la vista del escrito presentado por una de las empresas licitadoras que, no habiendo resultado adjudicataria, participó en el procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación tramitado por el Ayuntamiento para la adjudicación de las obras de construcción de un campo de fútbol municipal financiado con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local regulado mediante Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre.

De acuerdo con lo expuesto, a la vista del contenido del escrito de petición y de la copia que se adjunta del expediente, se procede a emitir el siguiente,

## **INFORME**

### **PRIMERO.-**

A fin de facilitar la lectura y seguimiento de cuanto se exponga en el presente Informe, cabe señalar, como consideración previa, que, en primer lugar, se abordarán los aspectos formales que plantea la cuestión controvertida, para, posteriormente, centrarnos en el fondo del asunto planteado, debiendo advertir además que el presente Informe se emite a la vista de la documentación proporcionada a este Departamento por el Ayuntamiento consultante, la cual no ha permitido llegar a una conclusión definitiva sobre la materia.

En cualquier caso, entre los indicados aspectos formales, hemos de centrarnos, para empezar, en la calificación jurídica del escrito presentado por la mercantil "...). Hay que destacar, a este respecto, que la empresa citada no atribuye, por así decirlo, calificación alguna al documento que presenta, el cual va dirigido al Alcalde de la Corporación y, en el marco del procedimiento contractual tramitado por el Ayuntamiento, el citado escrito, de fecha 3 de abril de 2009, con registro de entrada el día 7 del mismo mes, es presentado dos semanas después de la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo del acuerdo de adjudicación provisional, a lo que hay que añadir los cuatro aspectos que, en resumen, se solicitan, a saber, la nulidad de la adjudicación provisional efectuada, la exclusión de la empresa adjudicataria, el reconocimiento, por parte de la Corporación, del carácter erróneo del punteo llevado a cabo por la Mesa de Contratación y como lógica



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO**



**ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN**

Núm. R. E. L. 0245000

consecuencia de esto último, la petición de que se efectúe una nueva puntuación, recordándose insistentemente por la mercantil (...) que son tan sólo tres puntos los que separan a la empresa recurrente de la adjudicataria.

A la vista de los datos destacados en el párrafo anterior, y dado que, quien presenta el escrito, no especifica el carácter o la denominación del mismo, hemos de dilucidar, a la luz de la legislación vigente, ante qué documento nos encontramos, al objeto de poder determinar la admisibilidad o no del mismo.

A tal fin hemos de retomar un aspecto que resaltábamos en párrafos anteriores, aspecto que se deriva –como veíamos- tanto de la forma como del fondo del escrito presentado y que se concreta en la impugnación de la adjudicación provisional.

Así, lo primero a determinar es la naturaleza jurídica de ese acto de adjudicación provisional. Para ello hay que tener en cuenta que la adjudicación provisional se configura en la regulación contractual contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), como un acto declarativo de derechos, a diferencia del acto de propuesta de adjudicación, que, de conformidad con el artículo 144.2 LCSP, no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la adjudicación. Esta naturaleza jurídica resulta evidente si tenemos en cuenta que incluso, según el artículo 135.3 LCSP, en los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación provisional ha de delimitar y fijar los términos definitivos del contrato.

A ello hay que añadir que, por otro lado, la adjudicación provisional es un acto dictado por el órgano de contratación (el Pleno, en este caso), y no -por lo tanto- una simple propuesta de adjudicación elevada por la Mesa al Órgano de Contratación. De modo que la adjudicación definitiva del contrato resulta ser –tan sólo- un acto posterior a la provisional, tras la acreditación por el adjudicatario provisional de su estado de cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social así como de constitución de la garantía definitiva. En consonancia con lo expuesto, la adjudicación provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y, por lo tanto, el recurso procedente dentro de nuestro sistema ordinario de recursos previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en lo sucesivo) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa (en adelante, LJCA), será potestativamente el de reposición o, en su caso, directamente el recurso contencioso - administrativo.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

De lo expuesto se extrae, a *sensu contrario*, otra conclusión, cual es que la adjudicación provisional no debe considerarse, sobre la base del artículo 107.1 LRJPAC, como un mero acto de trámite de la Mesa de Contratación, además de por los motivos expuestos, porque tal adjudicación, aunque normalmente confirmatoria de la propuesta efectuada por la Mesa, es dictada por el Órgano de Contratación.

Hay otro aspecto que merece especial mención, cual es el recurso especial en materia de contratación introducido por la LCSP, cuyo régimen jurídico encontramos en el artículo 37<sup>1</sup> del cuerpo legal citado. La novedad de esta regulación radica en el hecho de que

---

<sup>1</sup> **Artículo 37 LCSP: Recurso especial en materia de contratación.**

1. *Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.*

2. *Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.*

*Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.*

3. *El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.*

4. *Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.*

*En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

5. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

6. El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

7. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

8. Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

9. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

el régimen previsto para este recurso administrativo especial se aparta sensiblemente del general de los recursos administrativos en diversos aspectos. Frente al aparente avance que supone tal configuración (que, por otra parte, venía siendo exigida con reiteración por la jurisprudencia comunitaria), existe –sin embargo- un importante elemento distorsionador de su aplicación, el cual consiste en que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada<sup>2</sup>, así como también en los contratos subvencionados del artículo 17 LCSP, los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la

---

10. *Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

<sup>2</sup> **Artículo 13 LCSP: Delimitación general.**

1. *Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.*

2. *No obstante lo señalado en el apartado anterior, no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:*

- a) *Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.*
- b) *Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.*
- c) *Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.*
- d) *Los declarados secretos o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.*

*La declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.*

- e) *Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO**



**ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN**

Núm. R. E. L. 0245000

LCSP, de cuantía igual o superior de 206.000 €, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gasto de primer establecimiento sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a cinco años. En cualquier caso, no procede la interposición del citado recurso para esos mismos actos –entre los que el artículo 37 LCSP cita expresamente la adjudicación provisional- adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada<sup>3</sup>.

La consecuencia de todo lo afirmado hasta este punto es clara: el escrito presentado por (...) debe ser considerado no como una mera alegación ni como un recurso especial en materia de contratación, sino como un auténtico recurso potestativo de reposición. A este respecto, tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sus respectivos Informes N.º 48/08, de 29 de enero de 2009 y N.º 18/2008, de 21 de julio de 2008, confirman lo señalado, considerando además, entre otros aspectos y en cuanto a la naturaleza jurídica de la adjudicación provisional, que ésta constituye un acto declarativo de derechos que, además, pone fin a la vía administrativa.

**SEGUNDO.-**

Una vez realizada la conclusión anterior, hemos de detenernos, sobre la base de la misma y desde el punto de vista formal, en analizar, primero, la admisibilidad o no del recurso potestativo de reposición interpuesto por (...) y, segundo, en caso de resultar admisible, los efectos del mismo.

Se puede decir que el escrito presentado por la empresa citada cumple con los requisitos que, para toda solicitud de iniciación, establece el artículo 70.1<sup>4</sup> de la LRJPAC, si

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido se manifiestan tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sus respectivos Informes de fecha 29 de enero de 2009 y 21 de julio de 2008.

<sup>4</sup> **Artículo 70.1 LRJPAC:**

*Las solicitudes que se formulen deberán contener:*

- a) *Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.*
- b) *Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.*
- c) *Lugar y fecha.*
- d) *Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.*
- e) *Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.*





DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

bien la mercantil recurrente dirige su recurso al Sr. Alcalde, siendo lo correcto que, dado que el Órgano de Contratación es, en este caso, el Pleno, el recurso se dirigiera contra el mismo. Pese a esta equivocación en cuanto al órgano al que va destinado el escrito, el mismo debe ser admitido y tramitado, sobre la base de lo expuesto en el punto PRIMERO del presente Informe, como un recurso potestativo de reposición, y ello porque todo lo que conduzca a una correcta resolución y garantice los derechos de los administrados, debe ser, en principio, estimado, sin que en este caso parezca resultar necesario que se requiera a (...) la ratificación o subsanación del antedicho escrito.

También el extremo del plazo supone que el recurso que nos ocupa deba ser admitido, dado que, en virtud del artículo 117.1<sup>5</sup> LRJPAC, el plazo para la interposición de este recurso es de un mes, y, según afirmábamos en el punto PRIMERO del presente Informe, resulta evidente que la mercantil citada ha presentado el recurso en plazo.

Declarado admitido el aludido recurso potestativo de reposición, cabe ahora ocuparnos, como antes se adelantaba, de los efectos de tal admisión. En este sentido, el artículo 111<sup>6</sup> de la LRJPAC establece que la interposición de cualquier recurso –con carácter

---

<sup>5</sup> **Artículo 117.1 LRJPAC: Plazos.**

*El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.*

<sup>6</sup> **Artículo 111 LRJPAC: Suspensión de la ejecución.**

*1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

*3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.2, segundo párrafo, de esta Ley.*

*4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

general- no suspende la ejecución del acto impugnado, efectos no suspensivos que parecen quedar aún más reforzados en el caso en el que nos encontramos, teniendo en cuenta no sólo la urgencia declarada por el Ayuntamiento en la tramitación de este procedimiento contractual, sino el carácter asimismo urgente en el que lo enmarca el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local, el cual fija plazos extremadamente cortos tanto para la tramitación del procedimiento como para la ejecución de las obras.

La Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe anteriormente citado, señala, en concreto, que *“la elevación a definitiva [de la adjudicación provisional] en estos supuestos [de presentación de un recurso potestativo de reposición], se llevará a efecto con independencia de la interposición de los recursos, ya que éstos no tienen efecto suspensivo inmediato como sí ocurre en los supuestos de aplicación del recurso especial en materia de contratación”*.

Una reducidísima parte de la doctrina considera que, dado que el artículo 37.7 LCSP señala que *“Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato...”*, y el artículo 38<sup>7</sup> LCSP permite que, en el mismo marco de contratos sujetos a

---

*Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente. La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.*

*5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.*

<sup>7</sup> **Artículo 38 LCSP: Medidas provisionales.**

*1. En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en*





DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

regulación armonizada, se soliciten medidas provisionales para, entre otros extremos, “*impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados*”; debe aplicarse, para el resto de contratos (aquellos que, como en el caso que nos ocupa, no se encuentran sujetos a regulación armonizada) el mencionado artículo 38 LCSP, ello sobre la base del principio general de la analogía<sup>8</sup> recogido en el artículo 4.1<sup>9</sup> del Código Civil, lo cual, además de que en este caso no lo pide el recurrente, no resulta apropiado.

**TERCERO.-**

Llegados a este punto, según adelantábamos en el primer párrafo del punto PRIMERO del presente Informe, hemos de detenernos en analizar el fondo de las cuestiones planteadas en el escrito presentado por la mercantil (...), partiendo, naturalmente, de las conclusiones a las que hemos llegado, a saber, que tal escrito debe ser calificado como un recurso potestativo de reposición cuyo régimen jurídico encontramos en los artículos 116 y 117 de la LRJPAC, y que su interposición no produce efectos suspensivos de cara a la tramitación del procedimiento contractual llevada a cabo por el Ayuntamiento.

Como ya pusiéramos de manifiesto en el segundo párrafo del punto PRIMERO, son cuatro los extremos que, en resumen, solicita el licitador recurrente, extremos que el

---

*materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.*

*2. Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los señalados en el apartado 4 del artículo anterior.*

*3. La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.*

*4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.*

*5. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.*

*6. Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.*

<sup>8</sup> *La analogía, como principio general del Derecho, es definida por la Real Academia Española como el “Método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”.*

<sup>9</sup> **Artículo 4.1 Código Civil:**

*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

mismo fundamenta en una serie de razonamientos que, a la luz de la copia de la documentación del expediente facilitada a este Departamento por la Corporación Municipal, analizaremos en las líneas siguientes.

A) De acuerdo con lo anterior, en el punto uno del tercer epígrafe del recurso de reposición que nos ocupa, la mercantil (...) señala que la **escritura aportada por la sociedad adjudicataria es una fotocopia simple** –sin compulsar-, y que **su objeto social “no contempla que esta sociedad pueda realizar la actividad específica de concurso”**, extremos que no han podido ser comprobados por quien emite el presente Informe dado que la citada escritura de la sociedad no forma parte de la documentación cuya copia nos ha sido facilitada por el Ayuntamiento. Ello no obsta –sin embargo- para que, con respecto al objeto social de la empresa, deban recordarse los artículos 43.2 y 46.1 de la LCSP, que, respectivamente, señalan que *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”* y *“Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”*.

Al margen de ello, considerando que la cláusula undécima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares exigía que los licitadores acreditasen estar clasificados en el “Grupo G, Subgrupo 6, Categoría E”<sup>10</sup>, y dado que la mercantil recurrente nada dice al respecto y ningún incidente relacionado con este aspecto se recoge en las actas de la Mesa de Contratación, podemos suponer –reiterando, no obstante, la ya citada falta de documentación- que la adjudicataria sí ostenta la clasificación exigida en el Pliego, y ello, de ser así, hace que, inicialmente y como mínimo, demos por válida la aptitud de la empresa adjudicataria para ejecutar las obras y cuestionemos lo afirmado, en este sentido, por la mercantil (...).

Con respecto a la compulsación de la documentación presentada por los licitadores, la cláusula decimocuarta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el procedimiento contractual en el marco del cual se presenta el recurso, señala expresamente que la documentación contenida en el sobre 1, dentro de la que se encuentra la escritura de la sociedad, *“deberá reunir los requisitos de autenticidad previstos en las Leyes”*. A ello hay que añadir que, como señala –entre otros- el Informe N.º 6/2000 de la Junta Consultiva de

---

<sup>10</sup> De los artículos 25 y 26 RGLCAP se deriva que: Grupo G = viales y pistas, Subgrupo 6 = Obras viales sin cualificación específica, Categoría E = cuando la anualidad media exceda de 840.000 € y no sobrepase los 2.400.000 €.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Contratación Administrativa, el hecho de que la empresa hoy adjudicataria presentara tal documentación sin compulsar, constituía un defecto subsanable, debiendo la Mesa, al analizar la documentación obrante en el sobre número 1, detectar tal omisión y proceder de acuerdo con el artículo 81.2<sup>11</sup> del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), actuación que, según se deduce de la copia de las actas de la Mesa de Contratación adjuntadas por el Alcalde – Presidente del Excmo. Ayuntamiento de (...) en su solicitud de consulta, no se lleva a cabo<sup>12</sup>, debiendo agregar además que el propio Pliego preveía las actuaciones descritas en la letra “b” de su cláusula vigésimo primera<sup>13</sup>.

Además de que el antes transcrito artículo 81.2 RGLCAP señala que si la Mesa detecta un error subsanable, cual es el caso –como ya se ha dicho- de la falta de compulsión de la escritura aportada por la empresa adjudicataria, “lo comunicará” a los interesados, constituye un criterio unánime en nuestra Jurisprudencia que, ante casos similares en lo que la Mesa no concede el plazo para la subsanación de este tipo de errores y un recurrente solicita la exclusión de la empresa que cometió el error, se obliga a la Mesa a verificar el aludido trámite, dado que, como señala expresamente la STS de 15 enero de 1999, “una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”, a lo que añade que “la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad”; doctrina ésta que se encuentra recogida en

---

<sup>11</sup> Este artículo señala que “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

<sup>12</sup> A este respecto hay que recordar además el contenido del tercer apartado del citado artículo 81 RGLCAP, que establece expresamente: “De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”.

<sup>13</sup> Son defectos subsanables aquellos que no afectan al cumplimiento de los requisitos sino a su acreditación (Informes de la JCCA N.º 56/1996, de 8 de octubre; 37/1997, de 10 de noviembre y 44/1997, de 10 de noviembre) y, en relación con los mismos, corresponde dictar el correspondiente requerimiento para subsanación (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1981, 19 de enero de 1995 y 15 de enero de 1999, entre otras).



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

anteriores sentencias del Alto Tribunal, entre las que podemos citar las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995.

**B)** En el punto dos del tercer apartado del escrito objeto de estas líneas, la mercantil (...) afirma que **la documentación incluida en el sobre 3 por la empresa adjudicataria, era la misma que la contenida en el sobre 2**, lo que, a su juicio, constituye una vulneración de las exigencias de objetividad impuestas por el Pliego, el cual, en su cláusula decimocuarta, establecía expresamente que el sobre 2 había de contener la oferta económica, mientras que en el sobre 3 habían de introducirse todos aquellos documentos que fueran precisos para valorar los criterios que dependieran de un juicio de valor, a lo que hay que añadir el contenido de la cláusula vigésimo primera del Pliego, que, en resumen, establecía que la Mesa debía, antes de abrir las ofertas económicas contenidas en el sobre 2, dar lectura de la valoración de los aspectos técnicos contenidos en la documentación del sobre 3.

A la vista de la copia del expediente que nos ha sido facilitada, cabe hacer dos consideraciones respecto a lo expuesto en el párrafo anterior. La primera de ellas supone que, leídas las actas de la Mesa de Contratación de 3 y 9 de marzo de 2009, aunque en las mismas no se diga expresamente cuál sobre se abrió inmediatamente después del sobre 1, sí queda patente en su texto que la Mesa conoció primero el importe económico de las diversas proposiciones –las cuantías exactas quedan expresamente plasmadas en el acta de fecha 3 de marzo- para después, previo Informe de valoración técnica, especificar el cuadro final de puntuaciones de acuerdo con la valoración contenida en el mencionado Informe.

Con respecto a la segunda consideración y, al igual que ha ocurrido con otros extremos, este Departamento no ha podido comprobar que, efectivamente, la empresa adjudicataria introdujo la misma documentación en sus sobre 2 y 3. Aunque no se trate de un supuesto exactamente igual, puede servir para ilustrar este punto la sentencia de 4 de mayo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en la que el citado Tribunal señala que, en aquellos casos en los que, aunque sea por error material no intencionado, la oferta económica se ubique en sobre distinto del que le corresponde, es decir, sea colocada -por error- en el de presentación de documentación, y al abrir el primer sobre ya se conozca la oferta y se quiebre el principio de secreto de las proposiciones<sup>14</sup>, habría que excluir al licitador que erró, si bien en esta ocasión no debe olvidarse que, dado que la Mesa abrió primero el sobre 2 y luego el 3, el error del adjudicatario no produce –*de facto*- que se infrinja el mencionado principio, el cual se ve quebrado previamente, con respecto a la totalidad de

---

<sup>14</sup> Principio recogido en el artículo 129.2 de la LCSP.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

las proposiciones, por la actuación de la Mesa de Contratación. En cualquier caso, el artículo 129.1 LCSP establece: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.*

*La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus Informes N.º 43/2002 de 17 de diciembre de 2002 y N.º 20/2007 de 26 de marzo de 2007, fija un criterio claro en el caso de que el licitador introduzca, en el sobre 1, relativo a la documentación administrativa, la oferta económica, señalando que, en tal supuesto, debe procederse “a la exclusión de la proposición presentada por la empresa”. Si bien en nuestro caso lo que ocurre es que tanto la oferta económica como las mejoras y demás documentos dependientes de un juicio de valor se introducen –erróneamente- en los sobres 2 y 3, la fundamentación empleada por la Junta en los citados Informes puede hacerse extensiva al supuesto que nos ocupa, puesto que tal razonamiento se basa en el actual artículo 129 LCSP –arriba mencionado-, y en los artículos 80, 81 y 82 del RGLCAP, siendo este artículo 80 RGLCAP bastante claro al señalar que “(...) cuando se haga uso de lo dispuesto en el artículo 86.2<sup>15</sup> de la Ley, en el sentido de concretar la fase de valoración en que operarán los criterios de adjudicación, el sobre de la proposición económica contendrá exclusivamente ésta, y se presentarán, además, tantos sobres como fases de valoración se hayan establecido”. Sobre la base de lo expuesto, la JCCA concluye, en los Informes citados, que “a efectos de la adjudicación del contrato, no pueden subsanarse defectos en la presentación de la documentación que el propio Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera insubsanables”.*

**C)** Siguiendo el orden de asuntos recogido en el recurso potestativo de reposición interpuesto por (...), en el punto cuarto del mismo, la mercantil argumenta que, de acuerdo con el pliego, **la mejor oferta económica debería haber sido la mejor puntuada**, añadiendo que el técnico municipal asistente a la revisión del expediente *“indicó que no se había valorado la oferta económica, por cuanto se entendía que todos debían ir al tipo para que no se pierda parte de la subvención”.*

A este respecto cabe hacer dos apuntes, el segundo de los cuales –lo decimos de antemano- ha de hacerse extensivo a la mayor parte de valoraciones efectuadas por la Mesa.

En relación con el primer apunte, del Pliego de Cláusulas Administrativas se deduce, tanto por decirlo expresamente el modelo de proposición económica que el mismo

---

<sup>15</sup> Actual artículo 134.2 LCSP.





DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

contiene como por otorgar, en su cláusula décimo sexta –sobre “*criterios para la adjudicación del contrato*”, un máximo de 30 puntos al criterio “*precio y otras mejoras adicionales*”, que la presentación de oferta económica por cualquier licitador por un importe inferior al presupuesto base de licitación, sí debía haberse valorado por la Mesa al establecerlo así los pliegos, sin que deba olvidarse que los pliegos operan como auténtica ley en el procedimiento contractual para el cual se aprueban. Si la Corporación quería que los licitadores fuesen al tipo, el pliego debería haber reflejado expresamente tal circunstancia.

El segundo apunte se centra en las concretas valoraciones cuyo resultado se plasma tanto en el Informe de Valoración Técnica de fecha 3 de marzo de 2009 como en el acta de la Mesa de Contratación de 9 de marzo. Observando la anteriormente citada cláusula décimo sexta del Pliego de Condiciones, puede verse que, salvo el criterio denominado “*Medida en la que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo*” (al cual el Pliego otorga un máximo de 30 puntos), los demás criterios para la adjudicación del contrato (que suman un total de 70 puntos) no llevan anexa una baremación que permita, de forma objetiva, otorgar una determinada puntuación, sin que ni en el Informe ni en el acta citados se explicita de qué forma o bajo qué tipo de fórmula o método, los técnicos en particular y la Mesa en general, fijaron la puntuación total de cada criterio por cada uno de los licitadores.

En este sentido, el artículo 134.2 LCSP señala: “(...) *En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos*”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe N.º 8/97, de 20 de marzo de 1997<sup>16</sup>, ante un caso en el que el Pliego otorga a las ofertas de menor importe una puntuación mayor, sin incluir fórmula o método alguno para determinar el modo de ponderación del criterio del precio, estima que resultarían ajustadas al contenido del

---

<sup>16</sup> *Sobre la ponderación del criterio del precio en los concursos (ahora equivalente a la adjudicación a realizar en función de varios criterios), también puede consultarse el Informe de la JCCA N.º 18/96, de 5 de junio de 1996.*





DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

pliego “todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica mayor puntuación y a la mayor, menor puntuación”, ello considerando que en el pliego se establece claramente como criterio de adjudicación el del precio de la oferta, fijándose de forma expresa una ponderación de cero a treinta puntos al elemento “precio y otras mejoras adicionales”.

En el Informe citado se admiten por la JCCA las siguientes fórmulas –no recogidas ninguna de ellas en el pliego aprobado por la entidad sobre la que versa el Informe- que no resultarían contradictorias ni con el artículo 134 LCSP (en el que el precio figura sólo a título enunciativo entre otros criterios, sin que se establezcan reglas concretas para su valoración) ni con el Pliego que rige el procedimiento contractual que nos ocupa:

**a.-** “La oferta económica se evaluará cuantitativamente en función de su porcentaje de baja respecto al presupuesto de licitación; recibiendo la máxima puntuación aquella/s oferta/s cuya/s baja/s en porcentaje, sea igual a la media aritmética de las bajas, en porcentaje, de todas las ofertas admitidas, aumentada en cinco puntos” añadiendo que “la puntuación de aquellas ofertas cuyo porcentaje de baja difiera, en más o en menos, de la baja media más cinco puntos, irá descendiendo linealmente”. (Fórmula similar a la utilizada por el Ministerio de Fomento en ciertas ocasiones)

**b.-** “Atribuir a la menor oferta económica la máxima puntuación y a la mayor la mínima (cero puntos), determinando las demás en forma proporcional a ambas puntuaciones, conforme a la fórmula siguiente:

35

$$P = \frac{35}{C} (Max - Of)$$

C

donde P es la puntuación correspondiente a la oferta, C es la diferencia entre las ofertas máxima y mínima, Max es la oferta máxima y Of la oferta correspondiente al licitador que se valora”.

**c.-** “Establecer diversos modelos matemáticos partiendo de dar a la media de las ofertas una puntuación de 17,5 puntos atribuyendo la puntuación máxima o mínima a las ofertas que se desvíen en un determinado porcentaje sobre la citada media (20%, 25%, 30%, 35% ó 40%), siendo mayor la puntuación cuando el precio de licitación sea menor”.

**d.-** “Aplicar un criterio de proporcionalidad exclusivamente respecto de la oferta más reducida, a la que se atribuiría la puntuación máxima, calculando la ponderación de las demás con arreglo a la fórmula:



DIPUTACIÓN PROVINCIAL  
DE  
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



35\* min

$P = \text{-----}$

Of

donde  $P$  es la puntuación obtenida,  $min$  es la oferta mínima y  $Of$  la oferta correspondiente al licitador que se valora”.

D) Volviendo a las reclamaciones contenidas en el recurso de reposición presentado por (...), en el punto quinto la mercantil aduce diversos argumentos que giran, todos ellos, en torno a la **valoración del criterio “calidad técnica”**, al que el pliego otorgaba un máximo de 20 puntos sin fijar, como afirmábamos en párrafos anteriores, baremación alguna para otorgar las distintas puntuaciones. Aunque no nos ha sido facilitada por el Ayuntamiento la documentación necesaria para comprobar las afirmaciones llevadas a cabo por la mercantil citada, lo cierto es que ni el pliego, como ya se ha dicho, recoge fórmula o método alguno para el otorgamiento de la concreta puntuación concedida a cada una de las empresas licitadoras, ni en el Informe de Valoración Técnica ya citado o en las actas de la Mesa de Contratación se recoge extremo alguno al respecto, limitándose estas últimas a reflejar, al igual que hace el antedicho Informe, la puntuación final correspondiente a cada empresa.

A este respecto, como ya adelantáramos en los párrafos que anteceden al presente, se entiende reproducido todo lo expuesto en la letra “C)” anterior, debiendo añadir –ya para finalizar- que, a la luz del contenido de este Informe, habrá de ser la Corporación la que decida las actuaciones concretas a llevar a cabo.

Es todo cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, sin que supla en modo alguno la contenida en otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, a 6 de mayo de 2009